

**Radboud Repository**

Radboud University Nijmegen



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/201462>

Please be advised that this information was generated on 2020-01-01 and may be subject to change.

# Stemvolmacht en de rol van de notaris

## 1. Inleiding

Het komt geregeld voor dat de notaris een vennootschap bijstaat bij de voorbereiding en de algemene procedurele aspecten van de algemene vergadering.<sup>1</sup> Onder deze procedurele aspecten valt ook de stemuitoefening bij volmacht. Zeker beursvennootschappen vragen geregeld hun 'huisnotaris' om de vennootschap daarin bij te staan. Beursvennootschappen dienen hun aandeelhouders de mogelijkheid te bieden een stemvolmacht met instructie aan een onafhankelijke derde te verstrekken (zie best practice bepaling 4.3.2 van de Corporate Governance Code). De notaris leent zich hier in beginsel voor, aangezien art. 17 Wna hem tot onafhankelijkheid verplicht. Daarnaast kan de aandeelhouder ervoor kiezen een 'eigen' notaris als gevolmachtigde naar de algemene vergadering sturen.

Een notaris die op de algemene vergadering van een vennootschap een rol heeft bij stemuitbrenging bij volmacht, moet bij uitoefening van die rol rekening houden met verschillende verplichtingen uit de wet op het notarisambt ('Wna'). De rode draad in dit artikel is de vraag hoe deze beroepsnormen vorm krijgen als de notaris als stemgevolmachtigde optreedt.<sup>2</sup> De Wna formuleert deze regels in vrij algemene bewoordingen. In dit artikel geef ik meer handen en voeten aan die verplichtingen. Ik zet eerst – voor zover hier relevant – de algemene beroepsnormen uiteen (par. 2). Daarna vraag ik mij af hoe deze beroepsnormen vorm krijgen als een notaris optreedt als stemgevolmachtigde (par. 3), gevolgd door een conclusie (par. 4).

## 2. Notariële beroepsnormen

### 2.1. Inleiding

Voor de notaris gelden verschillende beroepsnormen. Bij schending daarvan kan "een ieder met enig redelijk belang" de notaris tuchtrechtelijk aanklagen (art. 99 lid 1 Wna). Dit kan grofweg in drie gevallen: als hij een verplichting uit de Wna (of daarvan afgeleide regelgeving) heeft geschonden, als hij (kortweg) zijn zorgplicht heeft verzaakt en als hij onbehoorlijk heeft gehandeld of onbehoorlijk nalatig was (art. 93 lid 1 Wna). Daarnaast kan hem civielrechtelijke aansprakelijkheid boven het hoofd hangen (art. 6:74/162 BW), bijvoorbeeld als zijn handelen gevolgen heeft voor de koers van de vennootschap.<sup>3</sup>

### 2.2. Normen tegenover partijen

De notaris moet bij zijn ambtsuitoefening de belangen van "alle bij de rechtshandeling betrokken partijen" behartigen. Hij is daarbij onafhan-



Mr. K.J. Bakker\*

kelijk en onpartijdig, ongeacht wie zijn diensten heeft verzocht en hem betaalt (art. 17 lid 1 Wna).<sup>4</sup> De notaris hoeft echter alleen onpartijdig te zijn bij de taken die de wet hem opdraagt, zoals het passeren van akten. Bij andere taken mag de notaris partijdig zijn en als 'partijnotaris' optreden. Waaijer meent dat dit alleen aanvaardbaar is als het gaat om transacties tussen professionele marktpartijen. Daar bestaat immers geen noemenswaardig risico op 'juridische onkunde en feitelijk overwicht'.<sup>5</sup> Bovendien heeft de notaris de verplichtingen uit art. 17 Wna in beginsel alleen jegens de partijen bij de te verrichten rechtshandeling. De wetsgeschiedenis wijst bijvoorbeeld daarop: de oorspronkelijke formulering van het huidige art. 17 Wna bevatte de term 'personen' in plaats van 'partijen'. Deze latere wijziging is een indicatie dat de zorgplicht primair bestaat jegens *partijen* bij een rechts-

\* Promovendus, Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit. (k.bakker@jur.ru.nl)

1. Ik ga voorbij aan de gevallen dat de wet notariële tussenkomst vereist, bijvoorbeeld bij besluitvorming tot fusie en splitsing (art. 2:330/334e leden 3 BW), en in zekere zin bij besluitvorming tot statutenwijziging (art. 2:124/234 leden 2 BW).
2. Ik neem in dit artikel dan ook als uitgangspunt de situatie dat de stemgevolmachtigde een (kandidaat-) notaris is (vgl. art. 2:117 lid 1/2:227 lid 5 BW).
3. Vgl. HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*), r.o. 3.4 en HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3, 3.4.4 en 3.5.1.
4. Al kan de notaris voorzichtig compenserend optreden als één van de partijen in een zwakkere positie verkeert. Zie Melis/Waaijer 2012, p. 30; Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, p. 33-35; *Kamerstukken II* 1993/94, 23706, 3, p. 24.
5. De beroemde zinsnede uit de Groningse huwelijkse voorwaarden-uitspraak (HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766, r.o. 3.3), waarover Melis/Waaijer 2012, par. 23.4; Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, p. 34-35.

handeling, niet ook tegenover andere, meer zijdelings betrokkenen. Het Hof Amsterdam lijkt deze mening ook te zijn toegedaan.<sup>6</sup> Op de zorgplicht jegens derden kom ik in par. 2.3 terug.

De notaris is daarnaast verplicht zijn diensten te verlenen als die worden verzocht ter zake van de taken die hem wettelijk zijn opgedragen (de ‘ministerieplicht’). De notaris moet echter ook in bepaalde gevallen zijn dienst *weigeren*: als “naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt, leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft” (art. 21 lid 1 en 2 Wna).<sup>7</sup> Kan de notaris bijvoorbeeld niet met voldoende<sup>8</sup> zekerheid zeggen dat de rechtshandeling waarbij zijn diensten zijn verzocht, rechtsgeldig kan worden verricht, dan moet de notaris zijn diensten weigeren. De notaris heeft immers een belangrijke rol in het rechtsverkeer: zijn tussenkomst dient er mede toe te waarborgen dat de rechtshandeling waarbij hij wordt betrokken, rechtsgeldig is.<sup>9</sup>

De notaris heeft voorts in het algemeen een informatieplicht: hij moet partijen inlichten over de inhoud van de rechtshandeling. Daaronder vallen ook de juridische gevolgen van de beoogde rechtshandeling, inclusief eventuele nadelige gevolgen die de notaris kan voorzien. Door partijen goed te informeren over de rechtsgevolgen van de voorgenomen handeling, draagt de notaris eraan bij dat wil en verklaring van partijen overeenstemmen met de te verrichten rechtshandeling (vgl. art. 3:33 BW). Daarnaast moet de notaris partijen ook informeren als wil en verklaringen van partijen wel overeenstemmen, maar hetgeen partijen willen niet kan worden gerealiseerd, bijvoorbeeld vanwege een wettelijk verbod.<sup>10</sup> De informatieplicht heeft dus een beschermend karakter, maar dient ook de rechtszekerheid: zij moet verzekeren dat de notaris voorkomt dat partijen een rechtshandeling verrichten die later aantastbaar blijkt.<sup>11</sup>

De informatieplicht geldt voor akten op grond van art. 43 lid 1 Wna. Ik wil betogen dat voor andere rechtshandelingen, waarvoor notariële tussenkomst *niet* wettelijk vereist is, een analoge informatieplicht kan gelden. Deze plicht kan voortvloeien uit de algemene zorgplicht van art. 17 lid 1 Wna en de overeenkomst van opdracht tussen notaris en partijen.<sup>12</sup> Onder bijzondere omstandigheden heeft de notaris bovendien een bijzondere waarschuwplicht. De notaris heeft deze plicht als het risico bestaat dat een van de partijen misbruik maakt van juridische

onkunde of feitelijk overwicht aan de kant van een van de andere partijen.<sup>13</sup> Hieruit blijkt nogmaals dat de notariële informatieplicht een beschermende rol heeft en bovendien de rechtszekerheid dient.

De informatieplicht is niet absoluut. Vooral de geheimhoudingsplicht kan hierbij in de weg staan. De geheimhoudingsplicht bestaat tussen de notaris en elk van de partijen bij een rechtshandeling en betreft “al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt” (art. 22 Wna).<sup>14</sup> Ook de geheimhoudingsplicht is echter niet absoluut: de notaris moet een belangenafweging maken tussen het belang dat gediend is bij openbaarmaking en het belang dat gediend is bij geheimhouding.<sup>15</sup> Voorts kunnen partijen de notaris in rechte niet ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht.<sup>16</sup> Dit kan echter wel *buiten* rechte: bij de notaris aan tafel, tijdens de voorbereidingsfase, kunnen partijen de notaris toestemming geven zijn zwijgen te verbreken, zodat hij aan zijn informatieplicht kan voldoen. De notaris kan dan ook zijn diensten (voorwaardelijk) weigeren als hij, vanwege zijn geheimhou-

6. Zie Hof Amsterdam 26 januari 2016, *RN* 2016/38, r.o. 4 en 6.1; *Kamerstukken II* 1993/94, 23706, 12, p. 17-18 en 21; *Kamerstukken II* 1993/94, 23706, 6, p. 39; *Kamerstukken II* 1993/94, 23706, 3, p. 24. Zie ook Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.1.
7. Zie nader over de ministerieplicht Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.2.1.
8. Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.2.2 merkt op dit punt treffend op dat “[e]rgens een slag naar slaan of een gok wagen [niet past] bij een goede notariële beroepsuitoefening. Maar er moet af en toe wel iets gedurfd worden om het vak zich verder te laten ontwikkelen”.
9. Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.2.2; Van Mourik, *OO&R* 100 2017, p. 337-354; Van Es, *Preadvies KNB* 2007, p. 13.
10. Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, par. 2.4; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, par. 2 en 3, met verwijzingen.
11. Waaijer, *WPNR* 2017/7173, par. 2; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 17-18.
12. Art. 7:400 en 401 BW jo. art. 16 Wna. Vgl. ook Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, p. 34; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 20-21; vgl. Koelmeijer, *IVO* 35 1999, p. 121-123.
13. Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, p. 34-35; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 21-24, met verwijzingen.
14. Niettegenstaande deze geheimhoudingsplicht kan de notaris zich alleen (in rechte) verschonen ter zake van hetgeen aan hem is “toevertrouwd”, in die zin dat zij voor derden [...] verborgen diende te blijven”. Vgl. art. 165 Rv en 218 Sr en Melis/Waaijer 2012, par. 13.2.1 en 13.3; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 34-35, 43-46, 82-83, 86-91, 105-131, mede onder verwijzing naar HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 (*Notaris Van Eijck/Tomol*), r.o. 3.2; HR 11 maart 1994, *NJ* 1995, 3 (*Kilbarr Corp.*), r.o. 3.3 en 3.5; HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 480 (*Kandidaat-notaris Feikema*), r.o. 3.7.
15. Aldus Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 81.
16. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (*Ogem/Notaris Maas*), r.o. 3.3, waarover Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 33-35 en 68.

dingsplicht, niet aan zijn informatieplicht kan voldoen.<sup>17</sup>

### 2.3. Normen tegenover derden

Zoals hierboven al gezegd, moet de notaris de belangen van alle bij een rechtshandeling betrokken partijen in acht nemen (art. 17 lid 1 Wna). Jegens derden heeft de notaris deze zorgplicht niet. De rechter trekt de lijn tussen partijen en derden ook vrij nadrukkelijk.<sup>18</sup> Vanwege zijn rol in het rechtsverkeer kan de notaris echter onder “bijzondere omstandigheden” toch een zekere zorgplicht hebben jegens derden.<sup>19</sup> Zijn rechten van derden (vermoedelijk) in het geding, dan moet de notaris zich ervan vergewissen dat deze geen ‘beletsel’ vormen voor de te verrichten rechtshandeling. Dit kan door daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen. De geheimhoudingsplicht kan de notaris echter beletten zich tot een betrokken derde te richten. De notaris moet dus op basis van de (beperkt) beschikbare informatie beoordelen of sprake is van een beletsel.<sup>20</sup> Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake als de beoogd verkrijger (1) geen rechtmatig belang heeft bij de rechtshandeling of (2) onrechtmatig jegens de derde zou handelen door voltooiing van de rechtshandeling te verlangen, waarbij niet doorslaggevend is of (een van) de partijen wanprestatie zou plegen jegens de derde.

Wat nu als sprake is van een beletsel? Een veralgemeende versie van de Novitaris-toetsingsnorm geeft het antwoord: ‘Indien de voor de notaris kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat een of meerdere omstandigheden een beletsel vormen voor de beoogde rechtshandeling, dan wel aanleiding vormen tot gerede twijfel daarover, dan dient hij ervoor te zorgen dat het beletsel wordt weggenomen of anderszins dienst te weigeren.’<sup>21</sup> Is dus sprake van een beletsel, dan moet de notaris dus wellicht dienstverlening weigeren aan de partijen bij de te verrichten rechtshandeling. Als de notaris ondanks een mogelijk beletsel meewerkt, en er inderdaad een beletsel blijkt te zijn, dan zou hij immers geen recht doen aan zijn rol in het scheppen van rechtszekerheid.<sup>22</sup> De notaris kan zijn diensten ook opschorten als het beletsel tijdelijk is of als het kan worden weggenomen. Ziet de notaris bijvoorbeeld geen ruimte zijn ministerie te verlenen zonder een bepaalde betrokken derde te informeren, dan kan hij ontslag van de geheimhoudingsplicht als voorwaarde stellen voor zijn medewerking aan partijen. Willen partijen de notaris niet ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht, dan komt dienstweigering weer in beeld.

Tegelijkertijd moet de notariële controlefunctie het economisch verkeer niet onnodig belem-

meren. Een al te strenge toets zou de notaris tot een sta-in-de-weg kunnen maken. Bovendien is de notaris niet noodzakelijkerwijs toegerust een verdergaande toetsing te doen, zo onderkent ook de Hoge Raad.<sup>23</sup> De Hoge Raad stelt dat een beletsel bestaat als een rechtmatig belang ontbreekt of als de resulterende rechtshandeling onrechtmatig zou zijn. Deze norm bakent het terrein van het toelaatbare af en geeft de notaris zodoende in ieder geval enige handvatten. Ook als de notaris een mogelijk beletsel ziet, kunnen omstandigheden hem er bovendien alsnog toepopen zijn medewerking te verlenen.<sup>24</sup>

## 3. Toepassing van de beroepsnormen

### 3.1. Juridische duiding van de uitgangssituatie

De norm van art. 17 lid 1 Wna vereist als uitgangspunt dat de notaris de belangen van “alle bij de rechtshandeling betrokken partijen” op onafhankelijke, onpartijdige en zorgvuldige wijze behartigt. Hier komen in de context van stemming op de algemene vergadering twee – sterk verweven – vragen op: wat is hier de ‘rechtshandeling’, en wie gelden hier als ‘partijen’?

Allereerst de rechtshandeling. De notaris die een vennootschap assisteert bij de procedurele aspecten (oproeping, agenda, enzovoorts) van de algemene vergadering, helpt allereerst de vennootschap bij de *besluitvorming* van de algemene vergadering. Het besluit van een orgaan is immers een (eenzijdige) rechtshandeling die

17. Ik benadruk dat de notaris mijns inziens niet de mogelijkheid heeft enerzijds zijn diensten te verlenen maar anderzijds wel zonder toestemming de geheimhoudingsplicht te schenden – eventueel op bijzondere gevallen na, zoals wanneer sprake lijkt van een misdrijf. Zie hierover Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 31-38 en 81.

18. Zie voetnoot 6.

19. Zie het Novitaris-arrest (HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479; *JOR* 2015/189 (*De Novitaris*), r.o. 3.4.3) en de Tilburgse Hypotheekbank-arresten (HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628, r.o. 4.5.4 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629, r.o. 4.5), waarover Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 48-50. Zie ook Kamer van Toezicht 's-Hertogenbosch 16 maart 2015, *ECLI:NL:TNORSHE:2015:1*.

20. HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479; *JOR* 2015/189 (*De Novitaris*), r.o. 3.4.1-3.4.5; zie ook Hof Amsterdam 26 januari 2016, *RN* 2016/38, r.o. 6.4.

21. HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479; *JOR* 2015/189 (*De Novitaris*), r.o. 3.4.5-3.5.2, in het bijzonder 3.4.6. Zie over deze uitspraak ook Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.2.3, met verwijzingen. Vgl. voorts Van Mourik, *OO&R* 100 2017, p. 345-347.

22. Zie voetnoot 9.

23. HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479; *JOR* 2015/189 (*De Novitaris*), r.o. 3.4.4-3.4.5. Ik wees er al op dat de geheimhoudingsplicht de notaris belet om bij derden navraag te gaan doen.

24. Een voorbeeld is het geval dat “dienstweigering [...] leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij dat de notaris [...] dient te behartigen”. Zie Quist, *VHI* 149 2018, par. 18.2.2.3, onder verwijzing naar Hof Amsterdam 24 mei 2011, *JOR* 2012/86 (*Notaris X/SNS*), r.o. 6.2 en Hof Amsterdam 26 januari 2016, *RN* 2016/38, r.o. 4 en 6.1.

aan de vennootschap wordt toegerekend.<sup>25</sup> De notaris die zich in het kader van een algemene vergadering door een aandeelhouder laat volmachtigen, assisteert echter ook bij een rechtshandeling die daar formeel aan voorafgaat: de *stemuitbrenging* door de gevolmachtigde voor de aandeelhouder.

Vervolg vraag is dan wie partijen bij deze rechtshandeling(en) zijn. Bij de besluitvorming door de algemene vergadering is er maar één partij: de vennootschap. Besluiten van een orgaan worden immers toegerekend aan de vennootschap.<sup>26</sup> Ook bij de daaraan voorafgaande stemuitbrenging is er maar één partij: telkens de stemmende aandeelhouder. Stemuitbrenging is namelijk een *eenzijdige* rechtshandeling, verricht door de aandeelhouder of namens hem door een gevolmachtigde. De vennootschap tot wie de stem is gericht, is slechts ontvanger.<sup>27</sup> Tegelijkertijd hoeven deze rechtspersonenrechtelijke lijnen in beroepsethische vraagstukken niet zo scherp te worden getrokken. Het lijkt mij ook praktischer om aan te nemen dat – voor de toepassing van art. 17 Wna – zowel de vennootschap als de aandeelhouders partijen zijn bij de rechtshandeling waarbij door stemuitbrenging een besluit wordt gevormd.

### 3.2. Partijnotaris of niet?

De volgende vraag is of de notaris hier niet als partijnotaris – dus voor de vennootschap ofwel de aandeelhouder – optreedt. In dat geval zou de notaris geen onpartijdigheid hoeven te betrachten jegens de andere partij.<sup>28</sup>

Stuurt de aandeelhouder de ‘eigen’ notaris naar de algemene vergadering, dan zijn de verhoudingen tamelijk duidelijk: de notaris treedt dan als partijnotaris op, ten behoeve van de volmachtgever/aandeelhouder.<sup>29</sup> Lastiger is de situatie dat de aandeelhouders een volmacht verlenen aan de notaris die door de *vennootschap* is ingeschakeld. Nu levert de positie van gevolmachtigde in beginsel geen belangenconflict op voor de notaris: hij fungeert als instrument voor de aandeelhouders om te stemmen.<sup>30</sup> Tegelijkertijd is goed denkbaar dat voor de notaris spanning kan ontstaan tussen zijn rol als adviseur van de vennootschap enerzijds en als gevolmachtigde van de aandeelhouders anderzijds. Het is niet de bedoeling dat aandeelhouders de notaris gaan wantrouwen omdat ze hem (ten onrechte) zien als adviseur van of dienstbaar aan het bestuur van de vennootschap. Naast de resulterende onzekerheid kan dit ook gevolgen hebben voor het aanzien van het notarisambt. Daarom moet voor zowel notaris als aandeelhouders duidelijk zijn waar zij aan toe zijn, zodat zij elkaar niet op de verkeerde manier tegemoet treden.<sup>31</sup>

Het feit dat de notaris naast zijn dienstverlening aan de vennootschap ook als stemgevolmachtigde voor de aandeelhouders optreedt, verandert mijns inziens niet dat hij zijn diensten primair aan de *vennootschap* verleent en dus voor haar als partijnotaris optreedt. De notariële dienstverlening zal geregeld een breed bestek hebben en de notaris kan daarin een duidelijk partijdige rol hebben. Een voorbeeld is het geval dat de vennootschap verwacht een activistische aandeelhouder te ontvangen op de algemene vergadering. Bovenstaande zienswijze zal in de regel ook het beste aansluiten bij de perceptie van vennootschap en aandeelhouders.

### 3.3. Verplichtingen jegens aandeelhouders

Gegeven dat de notaris optreedt als partijnotaris voor de vennootschap, is de vraag op welke bescherming de aandeelhouders aanspraak kunnen maken tegenover de notaris.

Allereerst laat het optreden als partijnotaris de onafhankelijkheids- en zorgplicht onverlet, ook als de notaris door de vennootschap is ingeschakeld om de organisatie van de algemene vergadering te begeleiden.<sup>32</sup> Zoals in par. 3.1 uiteengezet, verleent de notaris zijn diensten bij rechtshandelingen – de besluitvorming en stemuitbrenging – waarbij zowel vennootschap als aandeelhouders partij zijn. Aangezien de notaris dus ook optreedt voor de aandeelhouders, heeft hij mijns inziens ook jegens hen een zekere zorg- en informatieplicht.<sup>33</sup> Terzijde merk

25. Dumoulin, *IVO* 31 1999, nr. 10-11, 23-25; Blanco Fernández, *OR* 1999-6, p. 149. Zie ook Katan, *OO&R* 98 2017, par. 8.8.

26. Zie voetnoot 25 en vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox/Van den End*), r.o. 3.3.2.

27. Asser/Kroeze 2-I\* 2015/281. Iets anders: Dumoulin, *IVO* 31 1999, nr. 28. Vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox/Van den End*), r.o. 3.3.2.

28. Partijnotarisschap maakt *niet* dat de notaris afhankelijk mag zijn (vgl. art. 17 Wna). Zie nader de hoofdtekst bij en literatuur in voetnoot 33 in par. 3.2.

29. Zie naar analogie de partijnotaris die optreedt als (erfrechtelijk) executeur. Deze “krijgt zijn opdracht van erflater en voert deze ‘desnoods’ ook tegen de wil van de erfenamen uit”, aldus treffend Schols, *WPNR* 2006/6672, p. 495.

30. Vgl. art. 18 lid 3 KNB Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (hierna: ‘VBG’).

31. Zo moet de notaris op grond van art. 18 lid 1 VBG zijn hoedanigheid als partijnotaris mededelen aan de aandeelhouders.

32. Zie hierover Van Helden, *WPNR* 2018/7194, p. 410; Abma e.a., *R&P ONR* 9 2017, par. 5.3, 5.5.1 en 6.1; Blokland, *WPNR* 2006/6672, p. 479-480.

33. Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 19-21. Ook als de aandeelhouders niet als partij, maar derden zouden zijn aan te merken, moet de notaris overigens nog steeds volgens de Novitaris-norm toetsen of de positie van de aandeelhouders hem belet zijn diensten te verlenen aan de vennootschap. Zie nader de literatuur in en hoofdtekst bij voetnoot 21. Bovendien zijn aandeelhouders niet willekeurige derden. Zie in soortgelijke zin HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (*Bastion de Leede*), r.o. 3.7.4-3.7.5.



ik daarbij op dat deze plichten kunnen impliceren dat de notaris zich met het opstellen van de stemvolmachtformulieren bemoeit, zodat die de nodige informatie bevatten. Dit zal in de praktijk weinig problemen opleveren. De notaris is vaak toch al betrokken bij de organisatie van de algemene vergadering. Dergelijke formulieren zijn bovendien sterk gestandaardiseerd. Conflicten met de geheimhoudingsplicht zijn hier evenmin te verwachten.

Wel is de vraag of de notariële beroepsverplichtingen jegens de aandeelhouders niet wrijven met de verplichtingen jegens het bestuur. De notaris wordt immers primair ingeschakeld door en ten behoeve van het vennootschapsbestuur, dat de algemene vergadering organiseert. Het optreden als gevolmachtigde voor de aandeelhouders is vaak onderdeel van de dienstverlening aan het bestuur, maar de belangen van (het bestuur van) de vennootschap en de aandeelhouders zijn niet altijd hetzelfde. De geheimhoudingsplicht speelt voorts primair tussen notaris en *cliënt* en komt voort uit de noodzaak van een vertrouwensrelatie tussen hen. Dit in aanmerking nemend is niet direct duidelijk dat de notaris gehouden is om wat aandeelhouders hem toevertrouwen – hun steminstructie – geheim te houden voor de vennootschap, zijn cliënt.<sup>34</sup>

Nu is het nagenoeg ondenkbaar dat de notaris in het voordeel van zijn cliënt – (het bestuur van) de vennootschap – gaat sjoemelen met de stemvolmachten. Tegelijkertijd is minder ondenkbaar dat de notaris de vennootschap een indicatie geeft van hoe de aandeelhouders neigen te stemmen. Met die informatie kan het bestuur op de uitslag anticiperen, bijvoorbeeld door een voorstel dat waarschijnlijk op een tegenstemmende meerderheid stuit, in te trekken. **Mag de notaris dergelijke informatie aan het bestuur doorgeven of is hij daaromtrent tegenover de volmachtgevende aandeelhouders gehouden tot geheimhouding, op grond van art. 17 of 22 Wna?**<sup>35</sup>

Gevoelsmatig ligt voor de hand dat de notaris inderdaad een dergelijke geheimhoudingsplicht heeft. Allereerst is een aandeelhouder – tegenover wie de notaris in concreto de verplichtingen heeft – geen orgaan en dus gescheiden van de rechtspersoon zelf. Dat is grond om aan te nemen dat de notaris ten aanzien van elke aandeelhouder zelfstandige verplichtingen heeft. Verklaart een aandeelhouder dan tegenover de notaris hoe hij wenst te stemmen, dan geldt dit mijns inziens als informatie “waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt”.<sup>36</sup> Bovendien is voor het optreden van de notaris als gevolmachtigde eveneens het vertrouwen van de volmachtgevers vereist.

Daarnaast kan de notaris tegenover onderscheiden *organen* verschillende beroepsethische verplichtingen hebben. De grondslag hiervoor is het dualistisch stelsel van het vennootschapsrecht, waarin algemene vergadering en bestuur gescheiden sferen zijn. Om praktische redenen moet de notaris die scheidslijnen volgen. Het feit dat organen zelf geen rechtssubjectiviteit en dus geen zelfstandige positie buiten de rechtspersoon hebben, lijkt mij hier niet bepalend voor de vraag jegens wie de notaris beroepsethische verplichtingen heeft. Van belang zijn de onderscheiden achterliggende (groepen) personen. Organen handelen bovendien met een zekere autonomie. Voorts is onderscheid maken tussen organen van een rechtspersoon heel gebruikelijk in enquêtezaken, bijvoorbeeld als tussen bestuur en raad van commissarissen een geschil bestaat.<sup>37</sup>

**Mijns inziens heeft de notaris dan ook een geheimhoudingsplicht tegenover zowel individuele aandeelhouders als de algemene vergadering als orgaan;** informatie van hen afkomstig mag hij ook niet delen met zijn cliënt, oftewel (het bestuur van) de vennootschap. Daarmee staat echter nog niet vast dat de notaris die plicht ook heeft tegenover *groepen* aandeelhouders, bijvoorbeeld tegenover ‘de tegenstemmers’. Hier is mijns inziens de gedachte achter de geheimhoudingsplicht essentieel: iedereen die zich tot een notaris keert, moet zich daar vrijelijk kunnen uiten.<sup>38</sup> Als aandeelhouders strategisch willen stemmen, zullen zij niet geneigd zijn de notaris te volmachten als zij vrezen dat de notaris het bestuur daarover zal inlichten. Bovendien zijn de nadelige gevolgen van een dergelijk handelen van de notaris wel degelijk terug te voeren op de personen tegenover wie de notaris redelijkerwijs de geheimhoudingsplicht in acht moet nemen.<sup>39</sup> De notaris heeft dus óók een geheimhoudingsplicht tegenover *groepen* aandeelhouders.

34. Melis/Waaijer 2012, par. 12.2; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 79-80.

35. In deze laatste zin: Van Helden, *WPNR* 2018/7194, p. 410.

36. Art. 22 lid 1 Wna. Het zou zelfs nog kunnen vallen onder het verschoningsrecht, waarover voetnoot 14.

37. Zie hierover ook Katan, *OO&R* 98 2017, par. 8.2 en 8.8.4; Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 52-53. Zie over rechtssubjectiviteit en rechtspersoonlijkheid Blanco Fernández, *OR* 2018/29, in het bijzonder p. 171.

38. Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 67-70 en 80-81.

39. In soortgelijke zin: Van Es e.a., *Preadvies KNB* 2007, p. 52-53 en 80.

De geheimhoudingsplicht jegens de onderscheiden betrokkenen bij het stemmen zou ook nog kunnen worden afgeleid uit de zorgplicht. Deze moet de notaris in acht nemen jegens alle partijen die zijn betrokken bij de rechtshandeling waarbij hij wordt ingeschakeld. Deze zorgplicht kan betekenen dat hij is gehouden tot geheimhouding van hetgeen elke individuele betrokkene (aandeelhouder of bestuurder) hem toevertrouwt. De geheimhoudingsplicht kan voorts nog worden gestoeld op een (eventueel impliciet) derdenbeding in de overeenkomst van opdracht tussen notaris en vennootschap, dat strekt ten behoeve van elke individuele aandeelhouder die de notaris een volmacht wenst te verlenen.

Kortom: de notaris moet in beginsel zwijgen over hetgeen volmachtgevende (groepen) aandeelhouders hem toevertrouwen, ook tegenover de vennootschap die hem in de arm heeft genomen. Als de notaris wordt geconfronteerd met een onoplosbaar conflict tussen die geheimhoudingsplicht en zijn plichten jegens zijn cliënt als partijnotaris, dan moet hij daarmee rekening houden in zijn handelen. De notaris zal bijvoorbeeld gehouden zijn om de aandeelhouders op zijn partijdigheid te wijzen<sup>40</sup> en moet wellicht zelfs zijn diensten (eventueel voorwaardelijk) weigeren.<sup>41</sup> De belangenafweging die de notaris moet maken (waarover par. 2.2), kan de scherpe randjes van dit wat rigide uitgangspunt nog wegnemen. Als de aandeelhouders bijvoorbeeld een strategisch belang hebben bij geheimhouding is de geheimhoudingsplicht sterker dan wanneer een dergelijk significant belang ontbreekt.

### 3.4. Rechtszekerheid

Een laatste aandachtspunt is van meer praktische aard. De notaris moet namelijk – omwille van de rechtszekerheid – kunnen verifiëren dat de stemvolmachten bevoegdelyk zijn verleend.<sup>42</sup> Nu biedt de bank of broker de uiteindelijke belegger doorgaans de mogelijkheid te stemmen,<sup>43</sup> en bevat art. 49b Wet giraal effectenverkeer ('Wge') een procedure voor de vennootschap om te achterhalen wie haar aandeelhouders zijn. Het is echter denkbaar dat deze niet in alle situaties uitkomst biedt.<sup>44</sup> Dit kan in het bijzonder spelen bij lange stemketens, en bij intermediairs en aandeelhouders van buiten de EU. Verificatie van de aandeelhouder kan dan lastig zijn, bijvoorbeeld omdat de aandeelhouder de benodigde informatie niet via bekende en vertrouwde ICT-systemen aanlevert. Denkbaar is voorts dat een amateurbelegger zich simpelweg via het stemvolmachtformulier aanmeldt, in de (onjuiste) veronderstelling dat hij direct aandeelhouder is. De notaris zal deze aandeelhouder echter niet kunnen vinden in het aandeelhoudersregister – daar staat doorgaans alleen het centraal insti-

tuut – en hoewel de route van art. 49b lid 1 sub b en c Wge in theorie kan werken, is maar de vraag welke tussenpersoon de notaris moet benaderen.

### 4. Conclusie

Ik heb hier aandacht besteed aan de rol van de notaris als hij voor een vennootschap op een algemene vergadering optreedt als stemgevolmachtigde. Hoewel de vennootschap hem doorgaans in de arm neemt, en de notaris mijns inziens als partijnotaris voor de vennootschap optreedt, heeft de notaris niet alleen verplichtingen jegens de vennootschap, maar ook jegens de aandeelhouders. Zo is hij in beginsel gehouden tot onafhankelijkheid en geheimhouding, moet hij onder bepaalde omstandigheden de aandeelhouders nader informeren en kan hij bovendien gehouden zijn tot dienstweigeren als hij conflicterende verplichtingen heeft jegens de vennootschap enerzijds en de aandeelhouders anderzijds. De belangen die bij het concrete geval betrokken zijn, kunnen nog ertoe leiden dat de verplichtingen anders vorm krijgen. Ten slotte behelst identificatie van aandeelhouders vanuit rechtszekerheidsoogpunt een aantal aandachtspunten voor de notaris. Vooral de veranderingen die de gewijzigde aandeelhoudersrichtlijn van 2017 hierin aanbrengt, zijn noemenswaardig.

40. Zie art. 18 VBG; Kamer van Toezicht 's-Hertogenbosch 16 maart 2015, ECLI:NL:TNORSHE:2015:1; Lekkerkerker e.a., *Preadvies KNB* 2010, p. 39-40; *Kamerstukken II* 1995/1996, 23706, 6, p. 39.

41. Melis/Waaijer 2012, par. 4.5. Vgl. ook Waaijer, *Ars Notariatus* 164 2017, par. 5.1-5.2. De Hoge Raad nam voor advocaten al een soortgelijke regel aan in HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (*Bastion de Leede*), r.o. 3.5.5, waar Waaijer al eerder uitgebreid over schreef in WPNR 2017/7173, par. 3-4. Het ging in deze zaak overigens om tegenstrijdige belangen bij de behorende en commanditaire vennoten van een cv. Ik ga in dit artikel verder niet in op de (overigens interessante) verschillen tussen deze casusposities.

42. Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30019, 7, p. 8-9.

43. Vgl. Abma e.a., *R&P ONR9* 2017, par. 3.4.1.6, 3.4.3 en 5.3 (over de stemketen) en 5.2.4.5 (over stemvolmachtformulieren); Stroeve & Cremers, *TOP* 2013/8, p. 311-312.

44. Overigens brengt (de implementatie van) de gewijzigde aandeelhoudersrichtlijn hierin enige verandering/verbetering. Zie art. 49b (nieuw) van het implementatievoorstel van de richtlijn (<https://www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders>). Vgl. art. 3 bis Richtlijn 2017/828, die lidstaten verplicht (beurs)vennootschappen het recht te geven hun aandeelhouders (met een belang van een bepaalde omvang) te identificeren. Zie ook de reacties van Eumedion en VNO-NCW op de internetconsultatie van het richtlijnvoorstel (<https://www.internetconsultatie.nl/aandeelhoudersbetrokkenheid/reacties>) en van het implementatievoorstel (<https://www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders/reacties>).